

EL ROL DEL PODER JUDICIAL EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: TENSIONES Y (POSIBLES) RESPUESTAS PARA LAS NIÑAS, NIÑOS 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



EL ROL DEL PODER JUDICIAL EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: TENSIONES Y (POSIBLES) RESPUESTAS PARA LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES¹

1. Documento elaborado por Damian Azrak y Federico Orlando.

1. INTRODUCCIÓN

Con el retorno de la democracia a nuestro país a principios de los años 80, nuestra comunidad política comenzó a vislumbrar una serie de transformaciones tan profundas como trascendentales. En dicha histórica instancia, nuestra comunidad inició un camino ininterrumpido: el de la democracia constitucional.

La democracia comienza a aparecer, ya no como una promesa lejana de algunos pocos ni como una utopía tan irrealizable como inestable; la democracia aparece como un proyecto político sustancial –y sustentable– que la sociedad argentina parece haber retomado luego de años de mantenerla encerrada en el clóset. Asimismo, sus instituciones públicas comienzan a impregnar la existencia de los ciudadanos: el lenguaje de la política ya no se limita a “los políticos”, invade la universidad, invade la esfera laboral, la esfera religiosa, etc.

De esta forma, la Constitución Nacional diseñada posteriormente al año 1994 se vio robustecida de manera generosa en términos sustantivos. Una gran manifestación de ello es el refuerzo del principio de igualdad y no discriminación ya que, a partir de la incorporación de instrumentos internacionales, se asumieron nuevos compromisos en materia de igualdad de oportunidades, acciones afirmativas, deberes del Estado respecto a los efectos de la discriminación sobre ciertos grupos, entre los cuales se encuentra, por el caso, las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, la incorporación con rango constitucional de nuevos actores tales como el Defensor del Pueblo de la Nación, el rol constitucional de las organizaciones de la sociedad civil, y el ministerio público son rasgos sustanciales de aquella expansión estructural e institucional.

Finalmente, el lenguaje de la Constitución comienza a expandirse en los compartimentos teóricos jurídicos: cuando se habla de derecho procesal –civil, penal, administrativo, etc.– enseguida aparecen las garantías contenidas en nuestro bloque de constitucionalidad federal, cuando se discute sobre el derecho privado nos surge el artículo 17 de la Constitución Nacional y los límites a la propiedad privada y los conflictos con el sistema financiero. El derecho en su totalidad aparece revestido del lenguaje constitucional.

Esto, a su vez, genera una práctica continua y sostenida que implica que los reclamos sociales, políticos y económicos pasen a encuadrarse bajo el lenguaje constitucional. Así, ambos senderos, el de la democracia y el de la Constitución parecen tener un punto de encuentro: los tribunales argentinos o, mejor, los operadores jurídicos –abogados, jueces y académicos–.

Luego de la reforma de 1994, se hace cada vez más claro que no existe prácticamente interés humano –sea individual, grupal, colectivo, civil, político, social, cultural o económico– que no pueda anclarse jurídicamente

o revestirse por el contenido de alguno de los derechos de jerarquía constitucional.

De esta forma, los reclamos de inclusión de los niños y niñas comienzan a formularse no como una agenda meramente política, sino en un lenguaje que los abogados conocemos muy bien: el lenguaje del derecho. Por fin, la democracia y la constitución aparecen en aquél difícil y problemático, pero soñado y deseado, “matrimonio imperfecto”.

Si en el contexto actual prácticamente nada de lo que ocurre en la sociedad resulta causal e institucionalmente ajeno a las conductas y responsabilidades del Estado, y todo lo que interesa a una persona o grupo en relación con su forma y calidad de vida puede revestirse de una pretensión de derechos constitucionales, el aislamiento conceptual e institucional del “derecho” y la “política” resulta imposible.

Y esto es relevante en un contexto caracterizado por una fuerte desigualdad entre los habitantes del país. Desigualdad que, a su vez, tiene un impacto diferenciado sobre la población de niñas, niños y adolescentes. Parecería entonces que la Constitución, como vértice supremo de nuestro ordenamiento jurídico, ha tenido un impacto demasiado modesto en la vida de aquéllos.

Por lo tanto, resulta previsible –y hasta deseable– que las demandas sociales de legitimidad y rendición de cuentas sobre el Poder Judicial también se vean potenciadas.

Este fenómeno de expansión de la Constitución, de “constitucionalización” de la comunidad política, trajo aparejado una serie de consecuencias, pues en la medida en que aquellos reclamos eran traducidos al lenguaje de los derechos, aparece como una necesidad imperiosa la capacidad de los operadores de generar respuestas plausibles a los mismos. Los tribunales se ven atiborrados de conflictos a los que necesitan responder. La Corte Suprema cambia su configuración simbólica: de un grupo de desconocidos operadores –ficticiamente– mecánicos, a un espacio de enorme poder y trascendencia pública.

De este modo, uno de los grandes desafíos que pesan sobre todo el Poder Judicial consiste en su reconstrucción como autoridad institucional independiente e idónea para encauzar los conflictos sociales, con dinámicas de intervención que superen su histórico rol subalterno, generen confianza social en su capacidad decisoria y respeto leal por parte de los otros poderes del Estado.

En definitiva, ante el deber institucional que poseen los operadores jurídicos, la dimensión constitucional de los conflictos sociales obligó a aquellos a repensar normativamente el valor de la democracia y, con ella, el valor y el sentido de tener una Constitución y, de esta forma, encontrar novedosas formas de intervención judicial.

Sin embargo, como veremos más adelante, el Poder Judicial ha tenido un rol “grotesco”², es decir, se ha comportado como una agencia estatal que asume funciones que se encuentran lejos de aquéllas que legítimamente

2. Para un desarrollo completo de esta idea ver Foucault, M.: *Los anormales*, FCW, 2001.

debería haber llevado adelante. Y el caso de las niñas, niños y adolescentes resulta un claro ejemplo de ello.

En este marco, quisiéramos proponer algunos lineamientos teóricos que, aún sin pertenecernos, encontramos consistentes y adecuados para re-entendernos como una comunidad política cuyo principal compromiso es recorrer el camino de la democracia constitucional y, sobre todo, prestarle una especial atención a una población olvidada por la teoría constitucional: las niñas, niños y adolescentes.

Para ello, comenzaremos delineando una discusión muy propia del ámbito de la teoría constitucional: la tensión entre la democracia y el cumplimiento de los derechos. Allí veremos tres modelos diferentes de actuación judicial que tuvieron –y siguen teniendo– impacto negativo en el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes: el modelo pasivo, el hiperactivismo judicial y el modelo de jueces que no sólo no respetan ni velan por el cumplimiento de los derechos sino que, también, actúan fuera del sistema democrático. En el acápite siguiente, trataremos el funcionamiento de estos tres modelos de (intento de) resolución de aquella tensión respecto a los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Luego trataremos –al menos sucintamente– el cambio de paradigma respecto de los derechos de aquéllos con la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a nuestro bloque constitucional y la sanción de la Ley 26.061. Finalmente delinearemos algunas cuestiones teóricas acerca de cómo entendemos que el Poder Judicial debe actuar en el marco de nuestra democracia constitucional con respecto a la garantía y la eficacia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

2. DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN Y EL ROL DEL PODER JUDICIAL

2.1. La tensión

En la medida en que la Constitución comienza a impregnar los conflictos sociales imperantes en la sociedad argentina, aparece la necesidad de construir una teoría normativa de la misma y, a su vez, una teoría del rol judicial. Y para definir ello lo que se requiere es, fundamentalmente, una teoría de la democracia.

En este sentido, desde hace tiempo, las comunidades jurídicas latinoamericanas vienen cuestionándose, saludablemente a nuestro entender, sobre cuál es el rol que les corresponde a los jueces en el marco de las democracias constitucionales. Es decir, cómo debe afrontarse una vieja tensión entre la democracia –entendida como el autogobierno de una sociedad bajo la regla de la mayoría– y la constitución –entendida, al menos por el momento, como ciertos límites sustantivos y procedimentales a aquella regla mayoritaria–³.

Ante esta tensión, existen dos respuestas que están radicalmente enfrentadas. Por un lado se encuentran aquellos que son defensores de la llamada autorrestricción judicial, cuya máxima expresión dogmática es la construcción de la teoría de las cuestiones políticas no justiciables. Para éstos, a los tribunales de justicia sólo les corresponde aplicar las normas

3. La formulación teórica de la “dificultad contramayoritaria”, puede reconocerse como tributaria de la trayectoria judicial de ciertos juristas y estudiosos del derecho constitucional estadounidense como Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis, Learned Hand y Felix Frankfurter, se debe a Alexander Bickel. V. Alexander M. Bickel, “The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics”, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1962. Ver también Roberto Gargarella, “La justicia frente al gobierno”, Ariel, Buenos Aires, 1996 y Carlos Nino, “Fundamentos de derecho constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1992.

dictadas por los órganos electivos de gobierno, careciendo de legitimidad para reemplazar las decisiones de los órganos representativos por las propias preferencias de los jueces. La consecuencia más relevante de esta postura es la defensa de la pasividad judicial: los jueces no deben convertirse en legisladores.

Existen dos grandes cuestionamientos a esta postura. En primer término, asumir la idea de que existen ciertas cuestiones que se encuentran vedadas al escrutinio judicial arroja varios problemas vinculados a la idea de Constitución y de Democracia. En cuanto a la primera, lo que el control constitucional de una democracia exige no es la declaración de invalidez de todo aquello bajo lo que se somete a dicho examen. Muy por el contrario, lo que sostiene es que no existen aspectos o ámbitos que quedan fuera de los que la Constitución prescribe. Así, podría uno decir que si aceptase sin más la teoría de las cuestiones políticas no justiciables, la Constitución pasaría a ser, en términos de Gil Domínguez, una "entelequia desquiciada"⁴.

Por otro lado, la idea misma de democracia que está detrás y el consecuente entendimiento del sistema de división de poderes resulta insuficiente. Lo que la Constitución Nacional prescribe, a partir del sistema de frenos y contrapesos, no es que los poderes pueden tomar decisiones que son de su competencia con total prescindencia de lo que la misma establece. Sino, por el contrario, supone un diálogo entre las agencias estatales que permite el consenso de las mismas respecto a las principales decisiones públicas.

Frente a esta tesis, otros asumen una postura que defiende y exige la expansión del llamado "activismo judicial". Esta posición parte de varias consideraciones. En primer lugar, asumen como una máxima en todo Estado de Derecho la salvaguardia de la supremacía constitucional. Así, "gran parte de los argumentos que se esgrimen para asignar a los tribunales un papel celosamente vigilante de la labor de las demás ramas del gobierno no son más que derivaciones de esta idea"⁵.

Según esta postura, una de las más importantes justificaciones del constitucionalismo —y de la vigencia de una Constitución, claro— es la garantía del goce de los derechos reconocidos en el texto constitucional, en especial frente al poder de las mayorías y del Estado. Prieto Sanchis destaca que el "núcleo esencial del constitucionalismo basado en los derechos" reside en "el sometimiento de la política a un Derecho de orden superior que no sólo determina la organización del poder y, con ello, la dosificación de la fuerza, sino que hasta cierto punto establece también qué puede e incluso qué debe mandarse"⁶.

Así, el alcance y la potencia de la intervención judicial dependerá de la extensión del elenco de derechos reconocidos en el texto constitucional y las consecuentes construcciones teóricas desarrolladas por el "derecho judicial".

El problema que surge, en el marco de esta concepción, es cuando hay casos en los que se exige tomar una serie de medidas —por ejemplo, disponer de recursos, crear instituciones, órganos, etc.—, o bien tomar una serie de decisiones para las cuales no basta una mera orden, tal como puede ser una orden de abstención. Una vez que ocurre esto, reaparecen nues-

4. Gil Domínguez, A.; "Un golpe certero a las anacrónicas cuestiones políticas no justiciables. El ejemplo tucumano", *Diario La Ley* del 13 de Febrero de 2008. En este mismo sentido puede consultarse Bidart Campos, G.; "Tratado elemental de derecho constitucional", Ediar, Buenos Aires, 1999-2000, t. I-A, p. 426.; Boffi Boggero, L.; "Nuevamente sobre las llamadas cuestiones políticas", *LL*, t. 156, p. 1143; Gordillo, A.; "Tratado de derecho administrativo", 4ta edición, 2000, t. II, cap. 8.

5. Courtis, C. (2003); Reyes Desnudos: *Algunos ejes de Caracterización de la Actividad Política de los Tribunales*, en Roberto Bergalli y Claudio Martyniuk (comp.), *Filosofía política y Derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo Libros.

6. Prieto Sanchis, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, p. 12.

tras dudas acerca del rol político de los jueces, pues en la judicialización de esos casos deben adoptar una configuración distinta a la que tradicionalmente realizaban. Recordemos: nuestra democracia constitucional exige tanto el respeto a los derechos constitucionalmente garantizados, como a las decisiones públicas tomadas en el marco de su funcionamiento.

Parecería, entonces, que esta tesis –al contrario de la primera– supone cierto elitismo: son los jueces las personas más aptas para determinar el contenido de los derechos fundamentales. El criterio mayoritario, en estos casos, debe quedar supeditado, así, a lo que los “jueces herculianos”⁷ decidan al respecto. En efecto, ¿cuál es la legitimidad que tienen para prevalecer sobre el legislador en la decisión acerca de la mejor forma de preservar derechos como la educación sin discriminación, o a la atención médica adecuada, o a la vivienda digna? Si los legisladores luego de un proceso deliberativo robusto consideran que las medidas que deberían tomarse son distintas ¿por qué debería prevalecer la decisión de órganos sin un origen de tipo democrático directo y que, peor aún, han tomado una decisión en total soledad?

Además, lo que el argumento democrático le reprocha a los jueces no es sólo un problema de ilegitimidad de origen, sino también –y esto más grave– un problema de tipo epistémico: no es sólo cómo los magistrados accedieron a sus cargos, sino, y sobre todo, la manera en que toman decisiones de alto impacto público. Pues “parece reflejar un elitismo inaceptable presuponer que unos señores, por mas ilustrados que sean, pueden llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ese proceso judicial implica alguna discusión”⁸. Estas decisiones, como vimos, carecen de una deliberación robusta que otorgue buenas razones para suponer que aquéllas son justas.

Pero lo interesante de esta tensión no es sólo lo que incluye, sino –y quizás sobre todo– lo que ha dejado fuera. Es decir, si pensamos la situación de los niños y niñas en nuestro país, veremos que los tres modelos de decisión judicial han sido utilizados por el antiguo modelo de patronato.

2.2. El Poder Judicial y las niñas, niños y adolescentes antes de la Convención sobre los Derechos del Niño y Ley 26. 061

Los dos modelos del Poder Judicial –la autorrestricción judicial y el hipervactivismo– descritos, más allá de los cuestionamientos que merecen, se fundaban, respectivamente, en la protección la democracia o de la Constitución.

Sin embargo, en lo que se refiere a la situación de los niños, niñas y adolescentes, la actuación del Poder Judicial respondía históricamente a un modelo donde el respeto a los valores democráticos se encontraba totalmente ausente, y la Constitución constituía un elemento extraño, incluso inaplicable.

De este modo, tal como se mencionará en este apartado, el rol asumido por el Poder Judicial respecto de los niños, niñas y adolescentes implica un

7. El juez Hércules construye en su accionar una argumentación jurídica y moral en busca de la solución correcta que presumiblemente puede proporcionar siempre el sistema normativo. Ver Dworkin, R.; “Los derechos en serio”; trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1994; y “El imperio de la justicia”; trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.

8. Nino, C. (1991): *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Bs. As., p. 685.

tercer modelo donde no sólo los jueces actuaban al margen de la constitución, sino que además lo hacían fuera del sistema democrático.

A fin de comprender cabalmente las funciones y prácticas del Poder Judicial respecto a este grupo dentro del paradigma de la situación irregular es menester observar cómo era —y en muchos casos sigue siendo— tratado por el Derecho, es decir, las normas e instituciones ejecutoras. Pues, la situación en la que se encontraban las niñas, niños y adolescentes era producto de una concepción social y jurídica de los “menores”, la cual era la mirada hegemónica dentro del ámbito judicial.

Las leyes de Argentina, especialmente la Ley de patronato, al igual que en la mayor parte de los países de Latinoamérica⁹, tenían una concepción de las niñas, niños y adolescentes como objetos a los que se debía cuidar o tutelar. Es decir, a la luz del viejo paradigma del patronato, las niñas, niños y adolescentes no eran sino meros objetos de protección.

Esta concepción, a su vez, giraba en torno de cuestiones negativas; es decir, aquello que no saben, no tienen o no son capaces¹⁰. Nunca como personas autónomas, iguales en consideración y respeto.

Este sistema del patronato tenía como eje de su accionar a un sector del universo infancia: los menores. Éstos son los excluidos de las políticas públicas, de las escuelas y de las familias constituidas desde una perspectiva clásica o conservadora, o en palabras de la ley: “(aquellos) menores en situación de abandono material y moral”¹¹. El otro universo de infancia, aquel que no requería ni la compasión ni el heroísmo del Estado pues no necesitaba de él, resolvía sus conflictos como un adulto¹².

Básicamente, estas normas y sus instituciones ejecutoras fueron creadas para “la ‘excrecencia’ de la categoría infancia a la que su indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmundada impiden que la admitan en las escuelas ordinarias. De esta clase de desarrapados es de donde se están reclutando nuevos criminales, y así seguirá siendo mientras se permita su existencia. Nacieron para el crimen, y para él los criaron. Hay que salvarlos”¹³.

Bajo esta concepción del universo de la infancia, o mejor dicho, sobre el grupo de los “menores”, es que el Poder Judicial pone en marcha la maquinaria “grotesca” que mencionábamos anteriormente. Bajo el modelo de hiperactivismo judicial el funcionario judicial intervenía en la vida del “menor”. Su intervención era llevada a cabo desde la doctrina de la situación irregular que explicaremos a continuación. Este activismo ni siquiera puede encuadrarse en el modelo antes descrito, dado que los jueces, lejos de hacer cumplir la Constitución, diseñaban en cada caso concreto la política pública especial aplicable a cada niño, incluso vulnerando la Constitución que según el modelo de activismo judicial justificaría su actuación.

Es decir, el juez —operador por excelencia de la burocracia judicial— se constituía como un buen padre de familia, un salvador y protector de la niñez en riesgo que debe ser separada de las influencias nocivas¹⁴. Se convertirá, de esta forma, en un gran oráculo que toma decisiones por personas que no saben, que no son autónomas, personas que no son tomadas en cuenta respecto a las decisiones que redundarán en su beneficio o perjui-

9. Para un análisis de la situación de la infancia en Latinoamérica, véase, entre otros, García Méndez, E. (1998): *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p. 1 a 16.

10. López Oliva, M. (1999): Capítulo V, “La incorporación legislativa de los derechos de los niños en el ámbito interno” en CELS, *Derechos Humanos en la Argentina. Informe anual enero-diciembre 1998*; Ed. Eudeba, Buenos Aires, p. 231 a 257

11. Ley 10909, Art. 21.

12. García Méndez, E., *Infancia. De los derechos y la Justicia*, Op. Cit., p.1.

13. PLATT, A.: *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969, citado por BELOFF, Mary, “Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección Integral de derecho del niño vs. Derechos en situación irregular”, en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Bs. As. Ed. Del Puerto, 2004, Capítulo I.

14. Palomba, F. (1995): “Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad” en *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, Editorial Hombres de Maíz, Colección Desarrollo Humano, El Salvador, p. 11.

cio. El Juez debe estar dotado de la mayor discrecionalidad y flexibilidad a los efectos que con su actuar le “haga un bien” al menor.

Las funciones del juez de menores se basaban simplemente en un juego de coincidencias: se constataba la supuesta vulnerabilidad o situación de riesgo y con esa evidencia se movía en un campo de disponibilidad y discrecionalidad tal como marcaba la ley. En muchos casos, incluso sin dar explicaciones a nadie, se separaba al menor de su núcleo familiar y se lo privaba de su libertad en lugares que se convierten en el supuesto edén: las instituciones para menores. Esta práctica de arrancar a niños de sus familias “inadecuadas” y otorgarles mejores condiciones de vida eran denominadas con un término violento pero maquillado: “secuestro filantrópico”¹⁵.

15. García Méndez, E. (2007): “Infancia, Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia”, en UNICEF, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Número 9, Santiago de Chile, p 34.

En este marco, el funcionario judicial se separa, claramente, de los mandatos constitucionales pues, por un lado, no cumple con sus funciones jurisdiccionales que le fueron asignadas institucionalmente en la Constitución Nacional y, por otro lado, en el actuar de las que sí reconoce de su competencia— sea porque le han sido asignadas mediante las leyes o por la costumbre—, tampoco las realiza respetando los principios constitucionales del debido proceso, como se mostrará en el presente.

En esta línea, como afirma García Méndez “pocas figuras resultan más alejadas de la esencia de la función jurisdiccional que el propio juez de menores en el contexto de esta doctrina. En el derecho moderno, la figura del juez aparece como la cara opuesta a la arbitrariedad y la discrecionalidad. Dirimir imparcialmente conflictos mediante la sujeción estricta a la ley constituye el imperativo categórico de su acción. Bajo la doctrina de la situación irregular, el juez de menores representa la realización institucional de la ideología de la compasión-represión”¹⁶.

16. García Méndez, E., *Infancia. De los derechos y la justicia*, Op. Cit., p. 146.

A los fines de una mejor comprensión de lo explicado hasta este momento, es útil reflexionar sobre la forma en que actuaban los funcionarios del Poder Judicial en cuanto a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, contexto sobre el que se desplegaban las características del modelo de “situación irregular”.

Un juez que constaba que un “menor” estaba en situación de riesgo, en estado de vulnerabilidad moral y material, por no tener garantizado efectivamente sus derechos fundamentales, no ejercía las funciones jurisdiccionales exigiendo al Poder Ejecutivo el cumplimiento de los derechos del “menor” afectado sino que recurría a dos caminos distintos: o disponía de los sujetos vulnerables en forma absolutamente discrecional, sin respetar el debido proceso legal y en clara violación de todas las garantías procesales; o bien “resolvía” la situación particular de modo manifiestamente asistencial, generando de esta forma lo que se denomina en las ciencias sociales una relación clientelar.

Así, se trata de un tipo de vínculo particularista —entre dos personas— generado a partir de criterios asistenciales —lo que el funcionario judicial considera bueno para el “menor” en cuestión— y no basados en definiciones universales de alcance general estipuladas con anterioridad. Aparece, entonces, como relaciones entre determinados individuos que gozan diferentes status¹⁷.

17. TORRES, Pablo, *Voto, chapas y Fideos. clientelismo político y ayuda social*, Colección Universidad, Colección Universidad, La Plata, 2002 p. 34.

Esta relación clientelar Poder Judicial-“Menores” estaba conformada de la siguiente forma¹⁸:

1. Desigualdad: existe una diferencia sustancial entre las dos partes de la relación. Uno que “necesitaba” del cuidado y de los recursos (menores) y otros que tenían el poder para conseguirlos (Poder Judicial).
2. Prácticas personalizadas: el Poder Judicial no estaba interesado en encontrar reglas universales sino paliar la situación particular con absoluta discrecionalidad.
3. Intercambio: el Poder Judicial le otorgaba aquello que necesitaba y los “menores” desde su posición desaventajada y vulnerable le otorgaban, indirectamente, la legitimidad y poder constituirse como el lugar que brinda soluciones a los “necesitados”.
4. Informales y difusas: las respuestas por parte el Poder Judicial proveían de manera informal. Todos los recursos se conseguían mediante el “amiguismo”, sin utilizar los canales formales e institucionales con los que cuenta este Poder.

El último de los elementos de esta relación, la creación de subjetividades de las partes de la relación y los efectos que tiene, lo analizamos de manera separada de las anteriores debido a la importancia que conlleva para la construcción de un sujeto pleno de derechos o ciudadanía plena. Estas acciones, las clientelares, realizadas por los funcionarios judiciales, tienen un fuerte impacto en la (de)construcción de la ciudadanía pues se trata a los “menores” como “clientes” a los que se les hace un favor bajo la etiqueta de la solidaridad y la beneficencia. Generando, de esta forma, lo que se conoce como “ciudadanía invertida”¹⁹, es decir personas que por el sólo hecho de solicitar ayuda –o ser obligadas legalmente a hacerlo– a las instituciones de asistencia reconocen implícitamente su propia incapacidad de ejercer su condición de ciudadano pleno. No exigen sus derechos de manera directa sino que lo hacen a través de algún intermediario, que en estos casos son los funcionarios judiciales.

Por otra parte, es importante mencionar que la respuesta clientelar no era la única que provenía de los estrados judiciales. Las respuestas, también, se alineaban con las posturas llamadas de autorrestricción judicial que, como mencionamos anteriormente, se alinean en una pasividad judicial respecto a las cuestiones políticas. Dejan al arbitrio de la democracia –es decir, los poderes políticos– la forma en que ejecutan y diseñan las políticas públicas.

Pero además, en dicha esfera de pasividad judicial, aquel clientelismo se encontraba lejos de cualquier pretensión “modesta” de una democracia constitucional: la afirmación de la ciudadanía de las niñas, niños y adolescentes.

Entonces, a esta altura resta reflexionar cuál es la concepción más cercana a nociones plausibles de justicia de las niñas, niños y adolescentes y en idéntico sentido, cuál debe ser la función del Poder Judicial en el cumplimiento de los derechos en general y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular. Pues, el modelo de rol judicial que supone

18. A los efectos de demostrar la existencia de este vínculo se sigue la propuesta realizada por Torres en el libro citado en la nota anterior, p 49

19. Al respecto, véase TORRES, Pablo, Op. Cit p. 44.

la doctrina de la situación irregular vulnera los derechos fundamentales de este grupo, empeorando, en consecuencia, su estatus legal y social.

Agregamos, también para finalizar, que tal como afirma García Méndez “se trata en realidad de una doctrina jurídica [la de la situación irregular] que poco tiene de doctrina y nada de jurídica, si por jurídico entendemos –en el sentido iluminista– reglas claras y preestablecidas de cumplimiento obligatorio para los destinatarios y para aquellos responsables por su aplicación.... Su misión consta en legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en situación irregular²⁰”.

20. García Méndez, Op. Cit., p.145.

3. EL ESTADO Y LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES BAJO EL NUEVO PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS

Habiendo quedado demostrado que tanto la concepción social y jurídica de las niñas, niños y adolescentes como la forma en que actuaba el Poder Judicial era moralmente e institucionalmente reprochable y tenía consecuencias nefastas para este grupo, en lo que sigue se analizará la nueva concepción surgida a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y cómo, en consecuencia, obliga a cambiar la forma en que el Poder Judicial lleva a cabo sus funciones.

Una vez reconocida mundialmente la situación social y jurídica del universo de la infancia en el marco del sistema universal de derechos humanos, en el año 1989 se redacta y se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, la convención con más Estados signatarios de la historia y que, a su vez, tuvo un fuerte impacto en los países latinoamericanos.

La Convención viene a romper con el paradigma vigente hasta ese momento. Entre sus principales consecuencias normativas y fácticas, se abandonan los axiomas en auge en la doctrina de la situación irregular; se concibe a las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos y no como objetos; se responsabiliza al Estado a fin de que garantice efectivamente los derechos reconocidos y se unifica el universo de infancia. Más adelante volveremos sobre algunas de éstas características.

Mientras tanto en Argentina, el Estado –y por sobre todo el Poder Judicial– seguía comportándose como si la normativa no existiese, incluso luego de la sanción de la Ley 23.849 que aprueba la Convención en el año 1990. La doctrina de la situación irregular seguía vigente tanto normativamente como en la costumbre de los pasillos de tribunales²¹. Los “menores” seguían siendo tratados por el Estado como objetos de protección y cuidado. Incluso violando, ahora, la Constitución Nacional dado que el Instrumento de referencia había sido incorporado a la misma con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 en conjunto con otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

21. Valobra, K. (2001): “Control sociopenal en sede civil” en: UNICEF, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, Buenos Aires.

Quince años desde la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño y once desde la constitucionalización de ésta y luego de un extenso proceso legislativo y político²² –mientras otras provincias²³ ya habían adecuado sus legislaciones e instituciones a la nueva concepción de la infancia– el Congreso Nacional materializó las consecuencias normativas de la Convención y Constitución Nacional. De esta forma dio nacimiento en el

22. Al respecto, véase MUSA, Laura y BLANCK, Ernesto: “Cronología del proceso parlamentario de aprobación de la ley 26.061” en García Méndez, Emilio (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Análisis de la Ley 26.061*, 2da. Edición, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 271.

23. Entre otras, Mendoza, Ciudad de Buenos Aires, Neuquén, Río Negro.

orden nacional del nuevo paradigma denominado “Doctrina de la Protección Integral de Derechos” mediante la sanción de la Ley 26.061.

Si bien dicha norma significó una revolución en la materia, vale decir que aún quedan diversas instituciones, por ejemplo en el Código Civil, que deberían ser objeto de modificación, si no queremos ser incoherentes²⁴. El primer artículo de esta nueva ley enfatiza que ella 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”.

Desde esta nueva cosmovisión, y en concordancia con las diversas olas teóricas desarrolladas en relación a la ciudadanía y, al mismo tiempo, con la firma y ratificación de la Convención, se empieza a concebir a todo el universo de la infancia como sujetos de derechos, como ciudadanas y ciudadanos plenos a los que el Estado le debe garantizar efectivamente sus derechos.

En relación al concepto de Ciudadanía utilizado varias veces en el presente artículo, siguiendo a Marshall, entenderemos que, a priori, la misma está dividida en tres esferas: civil, política y social. La primera está compuesta por los derechos necesarios para la libertad individual de la persona, la libertad de palabra, pensamiento y fe y el derecho a la justicia. La segunda, se refiere al derecho a participar en el ejercicio del poder político, como miembro del organismo dotado de autoridad política o como elector de los miembros de tal organismo. Y la tercera, significa toda la variedad desde el derecho a una medida de bienestar económico y seguridad hasta el derecho a compartir plenamente la herencia social y llevar una vida digna según las pautas prevalecientes en la sociedad²⁵.

En este orden de ideas, el Estado tiene el deber de hacer efectivos todos los derechos a los efectos que se configure un cabal cumplimiento de la normativa constitucional y legal. La ciudadanía de las niñas, niños y adolescentes *sólo está garantizada* si todo el universo de la infancia tiene cubierta todas las esferas de la misma, la civil, la política y la social, sin excepción.

En el mismo sentido, Alessandro Baratta explica: “la ciudadanía es el estado jurídico de plena participación en la comunidad estatal y en los otros entes políticos territoriales. En su forma integral ella presupone la vigencia, de derecho y de hecho, de principios y normas constitucionales propias del estado social y democrático de derecho, y la titularidad de todos los derechos fundamentales que caracterizan esta forma de Estado, incluyendo aquellos políticos y de participación política. Por otro lado, como veremos a continuación, el pleno ejercicio de esos derechos tiene como condición el ejercicio de todos los otros derechos fundamentales, de los derechos civiles y de libertad y de los derechos económicos, sociales y culturales”²⁶.

24. Respecto a las cuestiones pendientes de la ley 26.061, véase MUSA, Laura Cristina: “La Ley 26.061 a dos años de su vigencia: acordadas, sentencias y actos de la administración pública”, García Méndez, Emilio (comp.), *Protección Integral de Derechos...* Op. Cit, p. 281 y ss.

25. Marshall, T. H., *Ciudadanía y Clase Social*, Ed. Losada, Buenos Aires, 2005, p. 21.

26. Baratta, A., “Infancia y Democracia”, *Derecho a tener Derechos* Tomo 4, p. 217.

Los derechos que, ahora, se encuentran explícitamente reconocidos dejan de ser un “pedido” y una “excusa” de asistencia al Estado, para transformarse en “cartas de triunfo” exigibles al Estado²⁷. En este orden, Victor Abramovich manifiesta que “el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un ámbito de poder para sus titulares y en ese sentido puede ser una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente dispares. Es indudable también que el reconocimiento de derechos limita de alguna manera el margen de acción de los sujetos obligados, entre ellos el Estado, pues define en cierta medida, y en sentido amplio, lo que el obligado puede y no puede hacer”²⁸.

Esta nueva concepción normativa tiene fuertes implicancias en las funciones que le competen a los distintos poderes del Estado. Y en lo que en este trabajo importa cambia radicalmente las facultades y obligaciones del Poder Judicial respecto a las tareas que ejercía en virtud del viejo paradigma de la situación irregular.

El artículo 4º de la Convención establece que “los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de cooperación internacional”.

En línea con lo sostenido por Mabel López Oliva, llegado a este punto, puede decirse que el Poder Legislativo ya operó y cumplió, aunque sea parcialmente, sus funciones y legisló en concordancia con la Convención y la Constitución²⁹. En consecuencia, comienza una etapa de implementación de los mandatos jurídicos donde el cambio deberá notarse en el efectivo reconocimiento de los derechos reconocidos. Se trata de superar la etapa de reconocimiento formal, para ingresar en un período de desarrollo de un alcance sustantivo de los bienes y servicios que hacen posible el acceso material al ejercicio de los derechos reconocidos tanto en la Constitución Nacional³⁰ como en la Convención.

En el marco de este nuevo escenario, ¿cuáles son las funciones asignadas al Poder Ejecutivo? ¿Y cuáles al Poder Judicial?

De una interpretación armónica del artículo 4º de la Convención y de las demás normas de la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, surge claramente que el Estado es el principal responsable para que todos los derechos sociales enunciados no se conviertan en una mera declaración de buenas voluntades.

En este mismo sentido, el artículo 5º de la Ley 26.061 expresa que “los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal. En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garantice”.

27. Dworkin, R.; *Los derechos en serio*, Planeta, Barcelona.

28. ABRAMOVICH, V. (2006): *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, Revista de la CEPAL 88.

29. Recientemente, durante la escritura del presente, el Poder Legislativo sancionó la Ley 26.579 que reconoce, en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la mayoría de edad a los 18 años.

30. López Oliva, M (2008): “Las políticas públicas en la ley 26.061: de la focalización a la universalidad” en García Méndez, Emilio (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Análisis de la Ley 26.061*, 2da. Edición, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, p. 123.

Dentro de esta estructura se configura al Poder Ejecutivo como el responsable institucional de ejecutar en forma prioritaria las políticas públicas destinadas a hacer efectivo esos derechos.

A esta altura, no cabe duda que el responsable de diseñar y ejecutar las políticas públicas que tengan por objetivo la materialización de una ciudadanía plena, recae sobre el Poder Ejecutivo y no en el Poder Judicial como era llevado a cabo desde el paradigma de la situación irregular para cada caso en particular, pero ¿qué sucede cuando el mismo no cumple correctamente con estas funciones? ¿cuál es el rol, en estos supuestos, del Poder Judicial?

4. EL ROL DEL PODER JUDICIAL Y LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS EN MATERIA JUDICIAL

El tercer párrafo del artículo 1º de la Ley 26.061 parece marcar el camino de la respuesta al interrogante recién planteado: “La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces”.

Entonces, el Poder Judicial que antes actuaba de manera discrecional y bajo una supuesta solidaridad y clemencia, debe ahora cumplir con funciones jurisdiccionales que le son propias. En otras palabras, la justificación para su intervención, deja de ser el slogan vago y ambiguo de “estado de abandono material y moral”. Ahora, desde este nuevo paradigma, tiene el deber de intervenir, en consonancia con la Constitución Nacional, tratados de derechos humanos y leyes específicas de la materia, cuando en el marco de una causa exista un derecho social vulnerado.

Como se concluye del artículo transcrito unos pocos párrafos antes, el Poder Judicial, con la pérdida de sus facultades tutelares y asistenciales, no desaparece como actor en el escenario de las política social. La ley exige, por lo contrario, que los magistrados asuman su obligación de control de legalidad y exigibilidad de los derechos que deben ser efectivamente garantizados por el Poder Ejecutivo, poder que se encuentra obligado a ejecutar las políticas públicas a tal fin³¹.

31. *Ibidem*, p. 143.

El Poder Judicial, desde el paradigma de la protección integral de derechos, debe, en primer lugar, imponer a las instituciones responsables que ejecuten las políticas públicas destinadas a garantizar efectivamente los derechos reconocidos; en segundo lugar, ordenar a dichas instituciones que cesen su inacción o su actuar violatorio de derechos, según corresponda. Y, en tercer lugar, controlar la legalidad de los actos emanados por dichas instituciones

Este rol es sumamente relevante en el pleno goce de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente, pues como expresan Abramovich y Courtis: “...la efectiva existencia de un derecho social como un derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida”³². A su vez, concluyen enfáticamente “considerar plenamente un derecho económico, social o cultural

32. Abramovich, V. y Courtis, C. (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª Edición, Ed. Trotta, Madrid, p. 37 y ss.

como derecho es posible únicamente si el titular/acreedor está en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho”³³.

33. Ídem

En la misma línea, sostiene Ferrajoli que “el segundo principio garantista de carácter general es el de la jurisdiccionalidad: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión”³⁴.

34. Ferrajoli, L. (1995): “Derecho y razón”, Madrid, p. 317.

Para finalizar, y una vez demostrado que los compromisos constitucionales exigen considerar a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, volvamos a la definición de “ciudadanía” de Marshall antes brindada para, ahora desde este nuevo paradigma de la infancia, determinar las funciones del Poder Judicial en lo que importa en la plena satisfacción de los derechos sociales y construcción de una ciudadanía plena de este grupo.

La primera esfera, la social, refiere a todos los derechos económicos, sociales y culturales que permiten la efectiva materialización y desarrollo de los planes de vida de las niñas, niños y adolescentes teniendo en consideración su particular situación. A esta altura, no quedan dudas de que el Poder Ejecutivo es el poder dotado de legitimidad institucional para diseñar y ejecutar las políticas públicas tendientes a su efectivo goce. Su incumplimiento compromete gravemente la construcción de la ciudadanía plena de este grupo históricamente subordinado.

En consecuencia, es ante este particular escenario de violación de derechos que el Poder Judicial es llamado a tomar un rol protagónico en lo que refiere a los derechos sociales. Con el reconocimiento de estos derechos y la plena ciudadanía de las niñas, niños y adolescentes, los tribunales son convocados, entre otras cosas, a: examinar la adecuación entre las políticas y los estándares jurídicos y se pronuncian invalidando la política o aspectos particulares de una política; lograr la implementación efectiva de políticas públicas definidas por el Gobierno y el Congreso; decidir sobre la aplicación operativa de los derechos constitucionales y sus garantías ante la ausencia de legislación o políticas públicas dispuestas por el Gobierno³⁵.

35. Ídem p. 50 y ss.

Esto último nos introduce en la segunda esfera, la civil; que está compuesta, entre otras cosas, por la libertad individual de la persona, la libertad de palabra, pensamiento y expresión y el derecho a la justicia.

En este contexto, esta esfera sólo está plenamente garantizada si se cumple con los mandatos constitucionales y legales en tanto se conciba al niño como una persona autónoma y libre, que debe ser oído en cuanto a sus intereses y pensamientos y con el pleno derecho de participar activamente en las decisiones que lo afecten.

El Poder Judicial es llamado a respetar este principio de autonomía personal y ciudadanía plena y comprometerse a darle participación en el proceso judicial en el que se resuelvan cuestiones que lo afecten directamente.

En este sentido, respecto a las funciones del Ministerio Público Tutelar, órgano del Poder Judicial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Asesora General Tutelar de esa Ciudad, Dra. Laura Musa, expresa: “Se podría decir que el interés social y la justa aplicación de la ley por la que debe velar el Ministerio Público Tutelar es el respeto y cumplimiento de los derechos de las personas que representa. *La representación no es a ciegas, ni al arbitrio indiscriminado de lo que estima aisladamente el Ministerio Tutelar, sino a partir de la voz y opinión del propio afectado, en el marco de los mandatos de derechos humanos*”³⁶.

Otro elemento importante de la esfera civil y que tiene impacto en el efectivo goce de los derechos sociales es la garantía del derecho al acceso a la justicia. Según Marshall, el derecho a la justicia involucra la posibilidad de defender y hacer valer el conjunto de derechos de una persona en igualdad con los demás, mediante los debidos procesos legales³⁷.

Antes de la reforma del año 1994, no existía en la Constitución Nacional una referencia expresa al derecho de “acceso a la justicia”, pero se podía inferir de su artículo 14, el cual establece el “derecho a peticionar a las autoridades”, y de su artículo 18, que garantiza el derecho de defensa³⁸. Asimismo, el Preámbulo de la Constitución hace referencia a su objetivo de “afianzar la justicia”³⁹. Sin embargo, dicha reforma incorporó como legislación positiva en nuestro país una serie de tratados internacionales de Derechos Humanos (Artículo 75 inciso 22, Constitución Nacional) que consagran el mencionado derecho⁴⁰. Este marco legal determina que el Estado, de alguna manera, tiene que asegurar a todos los habitantes un efectivo acceso a la justicia⁴¹.

Por ello, es en este marco que el Poder Judicial, sea ante la inacción de los poderes políticos en lo que refiere a los derechos sociales o sea frente a una acción estatal que vulnere derechos, se convierte, nuevamente, en un escenario fundamental y esencial en la lucha por el efectivo goce de los mismos. Las niñas, niños y adolescentes encuentran en este Poder no sólo un espacio institucional en el que pueden exigir los derechos sociales sino también un campo de demandas activas de transformación social⁴².

36. Musa, L.: *El Ministerio Público Tutelar a la luz de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Apuntes sobre su institucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, inédito

37. Marshall, T. H. (2005): *Ciudadanía y Clase Social*, Ed. Losada, Buenos Aires, p. 23.

38. Como sostuvo el juez Vázquez, “uno de esos derechos ‘operativos’ es el relativo al acceso a la justicia, que es una natural derivación del derecho de defensa en juicio...”. Ver: voto del juez Vázquez en “Marono, Héctor c/ Alois, Verónica D.”, CS JN, 26-11-96, t. 319, p. 2805. Asimismo, sostienen Medina y Nash que “la obligación de que la determinación de derechos u obligaciones (...) se haga de acuerdo al debido proceso implica, obviamente, que toda persona debe tener derecho a acceder a un tribunal para que éste pueda pronunciarse. Esto implica, a su vez, la obligación del Estado (...) de proveer a los individuos con un mínimo de medios para que puedan acceder a dichas instancias” (Medina, Cecilia y Nash, Claudio, “La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia”, Capítulo V, p. 7).

39. También podría derivarse del artículo 33 de la Constitución Nacional en cuanto reconoce derechos implícitos.

40. De esta forma, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran el “derecho a ser oído” por las autoridades competentes. Concretamente, el artículo 25 sostiene que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes...”. Otros pactos de DDHH adoptan fórmulas similares (Declaración Universal de Derechos Humanos –arts. 8 y 10–; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –art. XVIII–; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –arts. 2.3 y 14–; entre otros).

41. La obligación de los Estados de garantizar los DDHH consagrados en los Instrumentos Internacionales “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Velásquez Rodríguez”, 29 de julio de 1988, párrafos 166, 167.

42. Abramovich, V. (2009): “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Ed. Del Puerto, Cdad. de Buenos Aires, p. 7.

